

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL/RO
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

FÁBIO HENRIQUE DUTRA BERNARDI

SOLICITAÇÃO E CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO
PELA POLÍCIA MILITAR: AFRONTA A CONSTITUIÇÃO OU MANUTENÇÃO DA
ORDEM PÚBLICA?

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA

CACOAL – RO
2017

FÁBIO HENRIQUE DUTRA BERNARDI

**SOLICITAÇÃO E CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO
PELA POLÍCIA MILITAR: AFRONTA A CONSTITUIÇÃO OU MANUTENÇÃO DA
ORDEM PÚBLICA?**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Professor Especialista Antônio Paulo dos Santos Filho

CACOAL – RO

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

B523s Bernardi, Fábio Henrique Dutra.

Solicitação e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela polícia Militar: afrontamento a constituição ou manutenção da ordem pública / Fábio Henrique Dutra Bernardi. -- Cacoal, RO, 2017.

50 f.

Orientador(a): Prof. Esp. Antonio Paulo dos Santos Filho

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação Universidade Federal de Rondônia

1. Busca e apreensão. 2. Polícia Militar. 3. Constitucionalidade. I. Santos Filho, Antonio Paulo dos . II. Título.

CDU 347.952.1

**SOLICITAÇÃO E CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO
PELA POLÍCIA MILITAR: AFRONTA A CONSTITUIÇÃO OU MANUTENÇÃO DA
ORDEM PÚBLICA?**

FÁBIO HENRIQUE DUTRA BERNARDI

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor Especialista Antônio Paulo dos Santos Filho - UNIR - Presidente

Professora Mestre Sônia Mara Anita - UNIR - Membro

Professor Mestre Silvério dos Santos Oliveira - UNIR - Membro

Conceito: 80.

Cacoal, 19 de julho de 2017.

Aos meus pais, João e Helena, que mesmo em meio as suas limitações sempre me apoiaram nessa jornada acadêmica. A minha querida esposa Vanisa, pois foi quem me acompanhou durante este quinquênio de estudos, finalizados por este trabalho, me dando todo o suporte necessário. Querida, seu cuidado e dedicação foram essenciais e muitas vezes me deram força para prosseguir.

AGRADECIMENTOS

Pela ordem.

Agradeço ao bom Deus por ter me dado saúde e inteligência para superar todas as dificuldades e conseguir concluir esta etapa da minha jornada, pois, com toda a certeza, sem Ele, jamais teria forças para vencer os obstáculos. Agradeço ainda por ter permitido que esse momento fosse vivido por mim, na presença de minha família e meus familiares, trazendo alegria aos que têm afeto por mim.

À Universidade Federal de Rondônia, por meio do *campus* de Cacoal, pelo excelente ambiente oferecido aos seus alunos e ao corpo docente repleto de profissionais qualificados dispostos para nos ensinar, além da direção e a administração, que realizam seu mister com tanto amor e dedicação, trabalhando incansavelmente para que nós, alunos, possamos contar com um ensino de extrema qualidade. A todos os servidores desta instituição, sejam os vigilantes que promovem a segurança do *campus*, seja o pessoal que cuida da manutenção, sem a qual seria impossível e inviável a utilização do destas dependências.

Agradeço ao meu orientador, Professor Antônio Paulo dos Santos Oliveira, profissional dedicado à vida acadêmica, pela paciência e ensinamentos que possibilitaram a finalização deste trabalho de conclusão de curso. Aos meus familiares, pais e esposa, reservo em uma lauda aos quais não agradeço, porém dedico este trabalho.

E claro, agradeço a todos os professores, que compõem o corpo docente desta universidade federal, profissionais dedicados e amantes do conhecimento, da academia, da vida acadêmica que são, por óbvio, os formadores de opinião de nosso país, a quem devemos tudo o que somos no quesito acadêmico. Oxalá tivesse em nosso país uma cultura de valorização do profissional do ensino que, muitas vezes, se abdica do convívio familiar dedicando horas a preparar aulas, corrigir provas e trabalhos. Digo isso, pois, além de ser filho de professora sou casado com uma excelente professora. Portanto, conheço o cotidiano da nobre

profissão. Creio, porém, creio que mudanças virão e, na atual conjuntura do país, esse reconhecimento não tardará a chegar.

“Por isso não tema, pois estou com você; não tenha medo, pois sou o seu Deus. Eu o fortalecerei e o ajudarei; eu o segurarei com a minha mão direita vitoriosa.”

(BÍBLIA, Isaías 41:10)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo, explorar aspectos gerais do mandado de busca e apreensão, expondo sua natureza jurídica e procedimental quanto sua aplicabilidade. Ainda, definir a polícia administrativa e judiciária estadual e suas atribuições conforme a legislação vigente visa também analisar e debater a legalidade no procedimento da Polícia Militar quando a solicitação e o cumprimento deste mandado de busca e apreensão, tudo conforme o arcabouço jurídico brasileiro. Essa busca se dá para sanar possíveis dúvidas referentes ao tema proposto, para sua realização foi utilizado o método da dogmática jurídica e o procedimento técnico aplicado foi de pesquisa bibliográfica. Tendo como método de abordagem o hipotético-dedutivo, que busca por meio de análise de hipóteses qual seria a mais próxima da verdade real para sociedade contemporânea. Qualifica-se também como uma pesquisa exploratória, considerando que busca proporcionar uma maior familiaridade com o problema a ser investigado, quanto a forma de abordagem do problema, trata-se de uma abordagem qualitativa e o procedimento seria então uma pesquisa bibliográfica, sendo que será analisado o assunto neste tipo de técnica. Ao final foi possível verificar que, baseado nos ensinamentos dos “operadores do direito” citados neste trabalho, há possibilidade de a Polícia Militar solicitar e cumprir o mandado de busca e apreensão, em algumas hipóteses, não ferindo a Carta Magna nem mesmo usurpando a função pública ou adentrando a esfera investigativa, esta outorgada à Polícia Civil.

Palavras-chave. Busca e apreensão. Polícia militar. Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present work aims to explore general aspects of the search warrant and seizure, exposing its legal and procedural nature as to its applicability. Also, defining the state administrative and judicial police and their attributions according to the current legislation also aims to analyze and debate the legality in the procedure of the Military Police when the request and fulfillment of this warrant of search and seizure, all according to the Brazilian legal framework. This search is done to resolve possible doubts regarding the proposed theme, for its realization was used the method of legal dogmatics and the technical procedure applied was a bibliographic research. Having as a method of approach the hypothetico-deductive, which seeks by analyzing hypotheses which would be the closest to the real truth for contemporary society. It also qualifies as an exploratory research, considering that it seeks to provide a greater familiarity with the problem to be investigated, as to the approach of the problem, it is a qualitative approach and the procedure would then be a bibliographical research, being Analyzed the subject in this type of technique. In the end, it will be possible to verify that, based on the teachings of the "legal operators" mentioned in this paper, it is possible for the Military Police to request and comply with the warrant of search and seizure, in some cases, not violating the Magna Carta nor even usurping the function Public or entering the investigative sphere, this granted to the Civil Police.

Keywords. Search and apprehension. Military police. Constitutionality.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1 SEGURANÇA PÚBLICA | 13 |
| 1.1 ATRIBUIÇÕES DAS POLÍCIA ESTADUAIS | 15 |
| 1.2 ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA MILITAR | 15 |
| 1.3 ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA CIVIL | 17 |
| 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS | 19 |
| 2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 20 |
| 2.2 DOMICÍLIO E SUA INVIOLABILIDADE..... | 21 |
| 2.3 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA | 22 |
| 3 MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO (MBA) | 24 |
| 3.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DO MBA | 26 |
| 4 (IN)COSTITUCIONALIDADE X MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA | 30 |
| 5 LEGITIMIDADE PARA SOLICITAÇÃO E CUMPRIMENTO DO (MBA)..... | 39 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 44 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 47 |

INTRODUÇÃO

Diferentemente dos crimes cometidos no século passado, embora com grave repercussão e violência social, a criminalidade no Brasil tem aumentado significativamente e a conduta praticada, antes isoladamente, tem sido hoje em dia praticada por facções criminosas cada vez mais organizadas. Referidas facções são compostas, em inúmeros casos, por pessoas dotadas de uma ampla visão institucional, com estruturas complexas capazes de dar suporte à prática de inúmeros delitos.

Pode-se dizer que tal suporte não se limita a fornecer armamentos e veículos, ou até mesmo assistência jurídica e dinheiro para financiar o crime; estes criminosos conseguem visualizar o ordenamento jurídico e verificar a precariedade operacional que a burocracia traz para as forças policiais.

Portanto, é necessária uma abordagem ampliativa das atribuições definidas no texto constitucional para que os órgãos policiais utilizem ao máximo seu efetivo e possam, desta forma, combater esse novo tipo de criminoso de forma igualitária ou superior. Tal é a discussão do uso do instrumento de busca e apreensão pela Polícia Militar como um dos meios operacionais para o alcance do objetivo traçado.

Com o estudo aqui apresentado, em primeiro, será explanado de forma clara a segurança pública brasileira e suas nuances, segundo, o ordenamento jurídico em vigor, trazendo à baila suas características, fundamentos e preceitos. Em terceiro, princípios constitucionais que servem de parâmetro para este estudo, tais como: inviolabilidade domiciliar; dignidade da pessoa humana; vida privada; direito à intimidade, entre outros que são de grande valia a esta pesquisa. Em quarto, será verificado neste trabalho os conceitos, características, natureza jurídica e procedimental do mandado de busca e apreensão.

Ao final, será possível verificar a legitimidade da atuação da Polícia Militar na solicitação e cumprimento do mandado de busca e apreensão, com o único propósito de executar a sua atividade imposta pela Constituição Federal de 1988, que é, além de tudo, a manutenção da ordem pública, dando, inclusive, instrumentos à autoridade policial para a produção probatória inicial no *iter criminis*.

Insta salientar que a manutenção da ordem acima referida não pode se limitar ao patrulhamento rural e urbano para gerar a tão falada sensação de segurança que, apesar de existir, é um simples paliativo emocional ao cidadão. Se o crime se organiza e materializa sua atuação criminosa na análise da atuação simplificada das polícias, sabendo deste modo, onde estão, quantos policiais dispõem aquele turno de serviço, quantas viaturas existem à disposição, qual o equipamento que estes policiais usam para a execução do serviço, entre outros dados relevantes, igualmente há necessidade de que as ações policiais também sejam ampliadas para maior aproveitamento e sucesso da atividade fim.

O presente trabalho, outrossim, é de interesse para toda sociedade pois permite avaliar se o uso do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar pode aumentar a sensação de segurança, porquanto se verifica que, embora o patrulhamento traga a sensação de segurança, o uso deste mandado pela instituição militar poderia contribuir com a redução da criminalidade e retiraria de circulação, por exemplo, armas destinadas a outros delitos.

Deste modo, em crimes que se perpetuam no tempo, os chamados crimes continuados, cite-se aqui os da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) e Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), em que a simples ação de “armazenar”, por exemplo, já configura o delito, o mandado de busca e apreensão não adentra à esfera investigativa e possibilita a Polícia Militar agir na manutenção da ordem pública, legitimando a entrada no recinto e procedendo a apreensão de objetos ilícitos, bem como a prisão em flagrante de suspeitos, evitando a prática de possíveis outros crimes.

Em regra, é sabido que esta atuação da Polícia Militar na solicitação e cumprimento de mandados de busca e apreensão já é uma realidade em vários estados da federação. O tema tem gerado grandes discussões, tanto na área jurídica, quanto na área operacional, quartéis e delegacias de polícia, verificando-se, nesse sentido, a importância de compreender e pacificar essa matéria para o melhor desenvolvimento do serviço da polícia.

Vale lembrar que este trabalho utiliza o método de abordagem hipotético-dedutivo, sendo qualificado como uma pesquisa exploratória, que se utiliza de uma abordagem qualitativa com procedimento de pesquisa bibliográfico.

Ao final, será possível visualizar de forma cristalina que, a atuação da Polícia Militar no combate aos diversos tipos de crime, principalmente os permanentes, tem uma maximização do seu preceito constitucional no que tange a manutenção da ordem pública e isso se dá, por óbvio, pela utilização do mecanismo de busca e apreensão domiciliar.

1 SEGURANÇA PÚBLICA

A Segurança Pública vem sendo amplamente discutida na atualidade, porém o modelo brasileiro organizacional de polícia, em que a Polícia Militar faz o trabalho ostensivo e a preservação da ordem pública ao passo que a Polícia Civil exerce a investigação criminal, acaba deixando a desejar em muitos aspectos, notadamente quanto a diminuição da criminalidade e efetividade de instrução probatória inicial.

Observa-se que o sistema brasileiro de segurança pública é um tanto quanto complexo, devido a gama de órgãos que o compõem, seja na esfera federal ou estadual, sendo esta última, objeto de estudo deste trabalho.

Na última década, a segurança pública passou a ser considerada um problema de ordem nacional, alvo de inúmeros projetos de lei que visam a reorganizá-la devido ao grande aumento da criminalidade e, ainda, das organizações criminosas cada vez mais ordenadas e com estruturas tão complexas que se assemelham a uma empresa. Com isso, é necessário uma maximização dos órgãos de segurança pública para frear o avanço das instituições criminosas.

A Constituição Republicana de 1988 foi a primeira a reservar um capítulo para abordar o tema segurança pública. Prevista no artigo 5º da Carta Magna, como um direito, e ainda como um direito social, no artigo 6º, a segurança se configura de forma mais estrutural no artigo Constitucional nº 144, onde é possível ver seu funcionamento, execução e até mesmo diretrizes básicas de como serão assegurados os direitos previstos nos artigos 5º e 6º.

Deste modo, pode-se perceber que, assim como outras tantas garantias que a Constituição Federal de 1988 dispõe, o direito a segurança é um penhor fundamental e social a qual será assegurada pelos órgãos constitucionalmente incumbidos desta competência.

É necessário, neste capítulo, compreender o significado do termo “Segurança Pública” antes de adentrar nas especificidades das polícias. É sabido que, no meio jurídico, definir segurança pública é um assunto meio controvertido, devido as diversas linhas de pensamentos.

Segurança, segundo o arcabouço jurídico pode ter vários significados. Conforme ensina Afonso (2007, p. 635), “assume o sentido geral de garantia,

proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependendo do adjetivo que a qualifica”.

Afonso diz que “Segurança Pública” alude a manutenção da ordem pública interna “ordem pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes” (AFONSO, 2007, p. 635).

Pode-se dizer que a harmonia de uma sociedade ocorre após um conjunto de ações – que envolvem não só os órgãos de segurança, mais a sociedade como um todo – voltadas ao bem da coletividade com o fim de produzir uma sociedade livre de ações delituosas, mesmo que por um breve momento.

Os ensinamentos de Angra (2002, p. 583 - 584), que trazem à baila os conceitos básicos sobre as diferenças entre as polícias, conforme abaixo:

A segurança pública no Brasil pode ser preventiva, de natureza administrativa, ou judiciária, de natureza repressiva. Preventiva é aquela que atua no sentido de evitar a prática de condutas delituosas e judiciária é aquela que busca desvendar a autoria da infração já praticada. A primeira tem como missão primordial a vigilância e a proteção da sociedade, mantendo a ordem, a tranquilidade pública e velando pela garantia dos direitos fundamentais. A segunda concentra a sua atuação no momento posterior à infração, colhendo todos os elementos para a identificação dos autores do ilícito e fornecendo os subsídios que vão embasar a ação penal.

A segurança pública estadual fica a cargo, basicamente, de duas instituições, com funções definidas na Constituição Federal sendo uma a Polícia Militar e a outra Polícia Civil. Como dito acima, suas atribuições são descritas na Carta Magna de 1988, veja:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

1.1 ATRIBUIÇÕES DOS ORGÃOS SEGURANÇA PÚBLICA

Conforme o artigo 144 da Constituição Federal, as atribuições da Polícia Militar e da Polícia Civil estão contidas no parágrafos 5º e 6º, onde estabelece que cabe a primeira instituição o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública ao passo que a segunda cabe a apuração de infrações penais.

Tais ditames constitucionais que atribuem à Polícia Militar e à Polícia Civil, seja prevenção e investigação respectivamente, contêm uma tênue divisão, onde o centro das discussões está pautado na prevenção e a apuração criminal bem como em seus limites de atribuições.

Falando destas distinções, tem-se Greco (2010, p. 4) esclarecendo:

Hoje, a separação existente entre a polícia militar, considerada ao mesmo tempo, como uma polícia repressiva e preventiva, e a polícia civil (e mesmo a federal em sua área de atuação), cuja finalidade precípua é investigar os delitos já ocorridos, vem diminuindo.

Ora, é claro e notório que essas diferenças operacionais vêm diminuindo com o passar dos anos e pode se perceber que é comum e habitual entre os polícias algumas tarefas, que chega ao ponto de se confundirem, seja pela similitude (como, por exemplo, o Termo Circunstanciado de Ocorrência emitido pela Polícia Militar que já é realidade em vários estados de nosso país) ou pelo costumes e praxes arraigados na atividade operacional. Entretanto, as especificidades citadas no texto constitucional não podem, de modo algum, serem desconstruídas ou desconsideradas sob pena de atentar contra a nação organizada.

Desta forma, é imprescindível dissertar sobre as atribuições distintas de cada uma das instituições policiais em comento, uma vez que esta distinção se verifica de forma explícita na Constituição Federal de 1988.

1.2 DA POLÍCIA MILITAR

Também famigerada como polícia administrativa ou preventiva, as atribuições da Polícia Militar estão elencadas no artigo 144, § 5º, da Constituição Republicana.

A esta, é dever o policiamento preventivo com objetivo de manter a ordem pública, prevenir e combater a criminalidade, conforme teor do parágrafo em tela:

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

É possível perceber que as atividades exercidas pela Polícia Militar, em busca da preservação da ordem pública, devem ser pautadas por instrumentos que possibilitem a execução efetiva desse serviço público. Corroborando com esse entendimento, tem-se o Professor e Desembargador Lazzarini (1999, p. 61), que ensina:

A competência ampla da Polícia Militar na preservação da ordem pública, engloba inclusive a competência específica dos demais órgãos policiais, no caso de falência operacional deles, a exemplo de suas greves e outras causas, que os tornem inoperantes ou ainda incapazes de dar conta de suas atribuições, pois, a Polícia Militar é a verdadeira força pública da sociedade. Bem por isso as Polícias Militares constituem os órgãos de preservação da ordem pública para todo o universo da atividade policial em tema de ordem pública e, especificamente, da segurança pública. A investigação policial militar preventiva, aliás, é atribuição da Polícia Militar, conforme concluiu o E. TJSP, pela sua C.4.^a. Câmara Criminal, ao referendar a missão que policial militar desenvolvia, em trajes civis, e que culminou na prisão de traficantes de entorpecentes. Na oportunidade, foi salientado que os policiais militares, para que se considerem sempre de serviços são instruídos e treinados e essa é a conduta que deles reclama a sociedade.

É tão verdade essa afirmativa que o Estado de Rondônia, neste ano de 2017, iniciou a implantação da confecção do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) pela Polícia Militar, documento que outrora era, tão somente, atribuição da polícia judiciária, hoje é outorgado também à instituição militar para a devida confecção. Vale lembrar que isto ocorre não somente no estado de Rondônia, mas em diversos estados desta unidade federada chamada Brasil. Veja o decreto em tela:

Art. 1º. O Termo Circunstanciado deverá ser lavrado na Delegacia de Polícia, caso o cidadão a esta recorra, ou no próprio local da ocorrência, pelo policial militar ou policial civil que o atender, devendo ser encaminhado ao Juizado Especial, nos termos do artigo 69, da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 1º. Para os casos de infração penal de menor potencial ofensivo, cuja lavratura do Termo Circunstanciado se revista de maior complexidade, ou que necessitem de expedição de Carta Precatória para posteriores diligências, as partes devem ser conduzidas à Delegacia de Polícia. (Decreto nº. 21.256, de 13 de setembro de 2016).

Sobre o TCO, trata-se de um registro de fato típico de menor potencial ofensivo com pena cominada em até 02 anos de cerceamento de liberdade ou multa. Nele deve conter a qualificação dos acusado bem como o relato dos fatos, ou seja se trata de um boletim de ocorrência, com informações adicionais, que serve como peça de informação para o Juizado Especial Criminal.

Sendo uma alternativa para a prisão em flagrante, o TCO advém da Lei Federal n.º 9.099/95:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará **TERMO CIRCUNSTANCIADO** e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (Redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.5.2002, grifo nosso).

Portanto, é possível perceber que a Polícia Militar para a preservação da ordem pública, exerce funções típicas e atípicas. Percebe-se que a manutenção da ordem pública pode ser mais ampla do que apenas o simples policiamento ostensivo. Vê-se, ainda, que o termo “autoridade policial” não se limita ao Delegado de Polícia, como insinua o Código de Processo Penal, uma vez que na confecção do TCO tem-se policiais operacionais confeccionando o documento no cotidiano de seu turno de trabalho e, conforme dita a mesma lei, “A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará o TERMO CIRCUNSTANCIADO” portanto, à luz da Lei nº 9.099/95, o militar também é autoridade policial.

1.3 DA POLÍCIA CIVIL

Também conhecida como polícia judiciária, a Polícia Civil tem o dever

Constitucional de apurar os crimes em geral, salvo os de competência da Polícia Federal, ficando sob responsabilidade desta instituição civil a atenção a crimes já cometidos que, de algum modo, não foram evitados. A Polícia Civil deve instruir os inquéritos policiais por meio de provas colhidas, seja na cena do crime ou em qualquer local pertinente, intimar investigados ou testemunhas para que sejam ouvidos nas delegacias.

Fica a cargo do Delegado de Polícia a presidência do inquérito, a fim de administrar a produção de provas e fornecer meios e fundamentos para o oferecimento da denúncia pelo órgão Ministerial, conforme expõe a Constituição de 1988, em seu art. 144, § 4º “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Além disso, também executa outras funções, como a condução de presos, cumprimento de mandados de prisão e intimações para instruir os próprios inquéritos, lavração de Termo Circunstanciado de Ocorrência, o será tratado em tempo oportuno e, ainda, auxilia o poder judiciário.

Nucci (2009, p.123) traz à baila alguns ensinamentos acerca das atribuições da polícia judiciária, pontuando suas funções e atribuições e distinguindo-as da função dos militares estaduais:

O nome polícia judiciária tem sentido na medida em que não se cuida de uma atividade policial ostensiva (típica da Polícia Militar para a garantia da segurança nas ruas), mas investigatória, cuja função se volta a colher provas para o órgão acusatório e, na essência, para que o Judiciário avalie no futuro.

Por conseguinte, é possível visualizar que a Polícia Civil é órgão competente para apurar as infrações penais, instruindo o inquérito policial por meio da colheita de provas, de modo a subsidiar o Ministério Público em um possível oferecimento de denúncia, esta, por sua vez, função exclusiva do *Parquet*. A Polícia Civil possui ainda a função de auxiliadora do poder judiciário, exercendo suas funções no âmbito estadual.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios Constitucionais guardam em si os valores fundamentais do ordenamento jurídico, ou seja, por meio deles é possível entender as normas e trabalhar dentro destes limites pré-estabelecidos. São princípios norteadores e devem ser buscados dentro da norma constitucional, são parâmetros basilares que delimitam as especificidades do direito material.

Portanto, pode se dizer que tais princípios são a base valorativa da sociedade formada e ocupam o posto mais alto em se tratando de uma escala normativa, e possuem parâmetros ou limites de onde se baseia o ordenamento jurídico brasileiro.

Dentro da hierarquia valorativa, os princípios constitucionais adquirem destaque, uma vez que detém caráter estrutural em suas normas, compondo um alicerce normativo.

Acerca dos princípios constitucionais, tem-se Barroso (1993, p. 285), que compartilha o seguinte entendimento a respeito deles:

Os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores principais da ordem jurídica. A Constituição (...) é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A ideia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” suas diferenças partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Ratificando este entendimento, Peixinho (2000, p. 112-113) diz que os princípios constitucionais são a base da norma brasileira:

Ocupam o mais alto posto na escala normativa, se identificam com os valores supremos previstos em todas as Constituições, expressos em valores culturais, poéticos, que traduzem nas intenções que formam o núcleo material da Constituição. Denotando as dimensões normativo-materiais fundamentais da Constituição, estes princípios estão, sem dúvida, numa posição hierarquicamente superior às outras normas constitucionais, porque, sendo os princípios o húmus fecundo de que se alimenta todo o projeto constitucional, aquelas dependem destes como fonte diretiva da missão política do estado.

Sendo assim, deve-se nortear o ordenamento jurídico com base nos princípios constitucionais que os regem. Esses princípios não devem ser colocados de lado no momento do uso das leis brasileiras sob pena de incorrer em, no mínimo, uma afronta ao estado democrático de direito. Nos próximos subtítulos serão expostos exemplos de direitos fundamentais como, o da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade domiciliar e a intimidade e a vida privada, que de uma forma ou de outra, estão relacionados com o tema em tela, uma vez que a violação domiciliar supostamente fere estes direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Um dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna é a dignidade da pessoa humana, direito fundamental, principalmente por sua amplitude, seja observando o fato de ser cláusula pétrea, ou por se tratar de fundamento do Estado Democrático de Direito, e compor o Art. 1º da Constituição Federal de 1988 que é norma constitucional central de todo ordenamento jurídico. Observe o que diz em seu art. 1º:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – **a dignidade da pessoa humana;**

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo nosso).

Sarlet (2002, p. 41), em sua obra “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, apresenta o ensinamento que a dignidade da pessoa humana é “intrínseca, irrenunciável e inalienável”:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Com isso, a norma se destaca como a maior protetora ou a base da proteção da dignidade da pessoa humana, considerando que se tem, além da Constituição Federal, diversas leis que protegem a dignidade. Até tratados internacionais como, por exemplo, o Pacto San José da Costa Rica, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969) observam essa garantia. Ora, a dignidade da pessoa humana é direito irrenunciável, uma vez que não se pode abrir mão da condição humana, nem mesmo se dispor dela.

2.2 INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

Capitulado no título II da Constituição Federal de 1988, onde trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, tem-se a inviolabilidade de domicílio assegurada por este dispositivo, uma vez que o constituinte entende que, assim como a vida privada, que será debatida posteriormente, deve-se assegurar também o domicílio, sendo passível de sanção quem por ventura incorrer nesta violação, salvo exceções previstas em norma Constitucional, sendo, portanto, a inviolabilidade domiciliar assegurada.

Fica definido pelo artigo 246 do Código de Processo Penal o conceito de casa: “quando se tiver de proceder à busca em **compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade**” (grifo nosso).

A residência é asilo inviolável, ressalvadas algumas exceções constantes no inciso XI, do artigo 5º da CF/88:

XI - A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988, s.p.).

Portanto, a casa do indivíduo é asilo inviolável constitucionalmente assegurado, podendo, segundo exceções constantes no texto em tela, ser violado. Porém, a exemplo da exceção “flagrante delito” e no caso de crimes continuados, é impossível ter a plena convicção de que no interior da residência exista de fato os objetos pertinentes aos chamados crimes continuados, ficando o militar a mercê da sorte e/ou impossibilitado de verificar a veracidade de possíveis denúncias quanto a fatos delituoso. O violador fica suscetível a sanções civis, penais e administrativas, conforme art. 150 do Código Penal, que tem a seguinte redação: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”. Se sujeitando também a lei 4898/65 (Lei de Abuso de Autoridade), que contém penalidade explícita no art. 3º, b: “Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: b) à inviolabilidade do domicílio”.

Desta forma, verifica-se uma outra vertente da utilização da medida de busca pela Polícia Militar, sendo, a de assegurar a entrada do policial no local onde possivelmente um crime esteja ocorrendo.

2.3 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Asseguradas por meio do inciso X, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a intimidade e a vida privada são direitos fundamentais e invioláveis do cidadão, sendo inclusive passível de sanção civil e penal a pessoa que os violarem. Esta proteção deve ser observada tanto pelo Estado, quanto pelos particulares, ficando suscetíveis as penalizações qualquer um que violar esse direito.

Conceituando o direito à intimidade, existe o ensinamento de Bastos (1998, p. 195):

Na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam

divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Segundo Ferreira Filho (1998, p. 35), existe uma diferenciação nos conceitos de intimidade e vida privada, segue abaixo:

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.

É possível perceber que se deve afastar a possibilidade de se vulgarizar o instrumento de busca domiciliar, uma vez que se está diante de um direito fundamental da pessoa humana.

3 MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO (MBA)

O Mandado de busca e apreensão é um instrumento utilizado para apreender objetos, em sua maioria ilícitos, porém pode ser usado para buscar e apreender objetos que estejam relacionados a crimes ou determinantes para investigações. Todavia, faz-se necessário uma análise do mandado de busca e apreensão em si, como trata o Código de Processo Penal vigente no Brasil.

A busca domiciliar, precedida de fundadas razões, tem, além de outros, o objetivo de apreender armas e munições e qualquer outro instrumento possivelmente destinado à prática de infrações penais, como descreve o artigo 240 do CPP:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

(...)

d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou **destinados a fim delituoso**; (grifo nosso).

Para a autorização da medida de busca e apreensão, é necessário no mínimo um lastro probatório que a fundamente, para que ela tenha a devida validade. Sendo assim, deve-se atentar ao cuidado de indicar o que se busca no domicílio alvo deste instrumento. Perceber-se que, por se tratar de uma busca específica, entende-se que exista no mínimo uma denúncia (informação), que aponte ilícitos no local alvo deste instrumento de busca. Da mesma forma, não se admite mandado genérico, uma vez que aparenta um possível excesso ou abuso na autoridade, de modo a permitir uma devassa geral na residência alvo deste instrumento, segundo Távora e Alencar (2013).

Por conseguinte, são expressamente exigidos alguns critérios mínimos para que esta medida seja concedida, como por exemplo, indicar de forma precisa a casa alvo deste instrumento de busca, nome das pessoas, entre outros consoante o teor do artigo 243, CPP:

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I – indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II – mencionar o motivo e os fins da diligência;

III – ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir (BRASIL, 1941, s.p.).

Desta forma, é possível verificar que o mandado de busca e apreensão é um instrumento de grande valia para a atividade policial, uma vez que a Constituição Federal trata a residência como asilo inviolável, submetendo aos descumpridores as sanções constantes no ordenamento jurídico. Entretanto, esta mesma norma maior aduz a possibilidade de violação residencial por meio do mecanismo em questão, conforme diz o art. 5º inciso XI da Constituição de 1988:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Já no artigo 150 do Código Penal, trata-se sobre as penalidades pela violação do domicílio:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º – Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º – Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º – Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser (grifo nosso).

Ora, se por um lado o agente público não pode adentrar ou permanecer em residência alheia, sob penalização administrativa, civil e até penal, por outro lado tem-se a possibilidade de violação à residência por meio do instrumento de busca, trazendo legalidade a ação policial em face de denúncias de objetos ilícitos no interior da casa de um suspeito, como por exemplo, armas ou drogas.

3.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DO MBA

A busca e apreensão são mecanismos distintos, apesar de serem utilizados de forma interligada, uma vez que a diligência usada pelos agentes públicos é una e integrada. Conforme Bonfim (2009, p. 369), a “busca é o ato destinado a procurar e encontrar pessoa ou coisa; apreensão é ato pelo qual há apossamento e guarda da coisa ou de pessoa”.

Corroborando com este entendimento tem-se Missaggia (2002, p. 82), que trata da distinção entre a busca e a apreensão:

A distinção entre busca e apreensão parece ser uma evidência. A apreensão da coisa ou da pessoa vítima, prisão de acusados ou coleta de indícios, entretanto, é a própria ratio da busca. Embora subjacente à busca uma intenção de apreensão ou prisão da coisa ou pessoa investigada ou apropriação de indícios do fato investigado, a busca e a apreensão são noções que não se confundem, pois guardam uma certa autonomia e, às vezes, caracterizam-se como medidas absolutamente independentes.

Instrumento destinado a encontrar pessoas ou coisas, essa seria uma definição simplória da busca, seguida da apreensão que visa colocar a coisa ou pessoa encontrada sob custódia, neste sentido tem-se Mirabete (2004, p. 345) que diz:

A busca é a diligência destinada a encontrar-se pessoa ou coisa que se procura e a apreensão é a medida que ela se segue. Para a nossa lei, ela é meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva, consubstanciado no apossamento de elementos instrutórios, quer relacionados com objetos, quer com as pessoas do culpado e da vítima, quer, ainda, com a prática criminosa que tenha deixado vestígios. Entretanto, embora a busca e a apreensão estejam inseridas no capítulo das provas, a doutrina as considera mais como medida acautelatória, liminar, destinada a evitar o perecimento das coisas e das pessoas.

Feitosa (2010, p. 801) define em sua obra Direito Processual Penal a natureza jurídica da busca e da apreensão, como sendo meio de prova de natureza acautelatória e coercitiva:

A busca e a apreensão têm dupla natureza jurídica: para a lei: meio de prova, de natureza acautelatória e coercitiva. Para a doutrina: também medida acautelatória, destinada a impedir o perecimento de coisas e de pessoas. Nessa linha, pode ser medida cautelar real ou pessoal, conforme o objeto da busca seja, respectivamente, coisa ou pessoa.

Posto isso, verifica-se a ligação íntima entre os institutos da busca e apreensão, ora, de outra forma ficaria fragilizada a busca sem a apreensão da coisa, ou até mesmo sem a devida eficácia, colocando em risco o resultado pretendido, uma vez que, como se poderia localizar a coisa e não mantê-la apreendida.

Vale destacar que, ao se proceder a busca domiciliar ou a busca pessoal, estará colocando-se em risco direitos fundamentais da pessoa humana, como visto no capítulo anterior. Portanto, o agente público deve, de forma legítima, buscar beneficiar a dignidade da pessoa humana, no intuito de evitar excessos que possam sobressair a verdadeira intenção da medida, lembrando que a busca e a apreensão se tratam de medida excepcional e individualizada que não deve ser de modo algum vulgarizada.

As medidas cautelares penais são aquelas que necessitam da autorização do judiciário para sua execução, pois, existe a necessidade do magistrado ponderar sobre os requisitos “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*” e, estando presentes os requisitos legais, é realizada a expedição da medida cautelar, com o objetivo de cessar o eminente perigo de dano.

O Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal é claro em dizer que é legítima a realização de diligências pela Polícia Militar:

Não há óbice à realização de diligência de busca e apreensão domiciliar, durante a fase investigatória, quando decretada por autoridade judicial em decisão satisfatoriamente fundada na necessidade da medida cautelar para se evitar o desaparecimento ou adulteração de provas imprescindíveis à apuração do corpo de delito. (STF - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS : RHC 117039 SP - Inteiro Teor, 2013).

Vale destacar ainda que no citado Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* - STF foi relatado o fato de a medida cautelar de busca e apreensão ter sido solicitada sem a existência de prévio inquérito policial e, nem por isso, invalidou a natureza cautelar de tal medida:

Destaca a inexistência de inquérito instaurado no momento do pedido da medida cautelar e, ainda, o fato de terem decorrido quatro meses entre a formulação do pedido e seu deferimento, o que estaria a indicar a ausência o risco de perecimento das provas. (STF - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS : RHC 117039 SP - Inteiro Teor, 2013).

A seguir a decisão do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* do Supremo Tribunal Federal que pugnou pelo não provimento do recurso:

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto da Relatora, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falaram: a Dra. Carla Domenico, pelo Recorrente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 12.11.2013. (STF - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS : RHC 117039 SP - Inteiro Teor, 2013).

É essencial para a compreensão deste trabalho, que se traga à baila o aspecto temporal do mandado de busca e apreensão e para isso tem-se no livro “Manual de Processo Penal” de Tourinho Filho (2009, p. 295) o seguinte pensamento: “as buscas e apreensões constituem diligências que podem ser realizadas antes da instauração do inquérito, durante a sua elaboração, no curso da instrução criminal e até mesmo na fase de execução, para prender o condenado”.

Ora, se a busca e apreensão podem ser realizadas “antes da instauração do inquérito”, como afirma Tourinho Filho, entende-se que não se trata de elemento exclusivo de investigação, devendo, por óbvio, conter alguns critérios mínimos para sua expedição. Segundo consta no artigo 243 do CPP, deve-se indicar o objeto e local alvo da busca. Pode-se observar que não se trata de obra do acaso, porém fruto de algum tipo de levantamento ou mesmo informações por intermédio de denúncias de que a coisa encontra-se em determinado lugar, limitando assim a possibilidade de vulgarização deste importante instrumento.

Outra característica que se pode salientar da busca domiciliar é a busca em si mesma, a qual deve ser executada de maneira que gere o menor transtorno possível aos moradores, sendo realizado o estritamente necessário para o sucesso da operação, uma vez que a medida por si só incomoda e importuna os residentes.

Neste mesmo sentido, decreta o artigo 248 do Código de Processo Penal: “Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência”.

Com isso, é possível perceber que em momento algum o Código de Processo Penal traz o entendimento de que é vedado à Polícia Militar cumprir medida de busca e apreensão de maneira cautelar, nem tampouco torna exclusivo o uso deste instrumento pela Polícia Civil. Porém, passa-se a analisar nos próximos capítulos, a possibilidade desta conduta ocorrer com base na legalidade, proporcionalidade e em princípios constitucionais como o princípio da máxima efetividade, dando o devido amparo legal na atuação dos militares estaduais, na utilização do mandado de busca e apreensão enquanto medida de prevenção da ordem pública.

4 (IN) COSTITUCIONALIDADE X MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

Frente ao crescimento exponencial do crime organizado, faz-se necessário a utilização de forma mais efetiva das forças policiais, buscando explorar ao máximo o potencial operacional destas instituições que são responsáveis por garantir a segurança pública do país, tarefa que vem sendo cada vez mais difícil de cumprir.

Se por um lado tem-se as instituições policiais sucateadas, com pouca técnica, equipamento e treinamento, por outro o crime organizado financiado pelo tráfico de drogas, grande arrecadador de recursos financeiros, promove a criminalidade.

Portanto, com base na teoria da máxima efetividade, aplicada na Constituição Federal, tem-se uma aliada no combate ao crime organizado, sendo possível reverter esse quadro crescente de criminalidade.

É importante salientar que hoje, no Brasil, a solicitação de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar já é uma realidade, pois tem diversos Estados da Federação, o deferimento de pedidos pelos membros do Judiciário atentos às necessidades de ampliação da força repressora e combate à atuação criminosas. A polemização deste tema tem gerado um grande desconforto nas operações policiais quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade desta atuação e uma possível utilização do uso de busca e apreensão pela Polícia Militar com base na manutenção da ordem pública.

O CPP não proíbe a solicitação de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, como se observa no art. 242 do CPP de seguinte redação, “A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”.

O caminho buscado para que a Polícia Militar cumpra a sua ordem precípua e constitucional, que é a preservação da ordem pública, é feito baseando-se no princípio da máxima efetividade, como demonstra Cunha Júnior (2011, p. 244):

O princípio da máxima efetividade, também denominado de princípio da interpretação efetiva, orienta o intérprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades.

Sobre esse tema, Manoel Jorge e Silva Neto (1999, p. 07), Procurador do Ministério Público do Trabalho, Presidente da Associação Nacional dos Procurados do Trabalho e Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP, em sua obra “O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional”, demonstra a importância de tal princípio:

O princípio da máxima efetividade é a cortina que encerra a peça de teatro que se torno uma discussão sobre a eficácia constitucional com lastro em divagações lassallianas. E porquê? Por três razões realmente significativas: a) a constituição é um texto jurídico;

b) serve de instrumento de regulação da vida social;

c) conquanto possa ser afirmado, com convicção, que se trata do estatuto jurídico do fenômeno político porque "(...) conexiona-se com outras 'categorias' políticas e 'conjuntos sociais' (Estado, sistema político, sistema jurídico, ordenamento, instituição", não se deve esquecer, jamais, ser também uma realidade que embora não se sobreponha às demais realidades (política, econômica, social), de igual modo não se lhe submetem, mas com elas interage e, portanto, podemos concluir que é dialético o processo de consolidação da vontade do legislador constituinte originário.

É exatamente dentro desse espaço de tensão, produto da contraposição entre as realidades constitucional e extra constitucional, que desponta a importância do princípio da máxima efetividade pois, ao funcionar como um judicioso aviso do dever de concretização imposto ao intérprete, finda por proclamar que a norma constitucional não é tão relativa assim, condicionada à ocorrência de circunstâncias "ótimas" ou "ideais" para a sua materialização, dependente, sempre, dos fatores reais de poder a que aludia *Lassalle*.

O fato social porta dinâmica própria. A norma constitucional também.

Eis a relevância do postulado da eficiência: reconhecer esse fato e, indicativamente, acenar para o intérprete soluções que extraíam o máximo em termos de operatividade do preceito constitucional.

Com isso pode-se verificar a importância do Princípio da Máxima Efetividade, na interpretação da norma Constitucional, uma vez que é elencada a importância e relevância da busca pela eficiência da norma maior.

Corroborando com este entendimento, é possível dizer que as atribuições da Polícia Militar são muito mais amplas, uma vez que podem executar qualquer tipo de atividade relacionada à preservação da ordem pública, seja ela típica ou atípica desta instituição militar.

Em se tratando de solicitação e cumprimento de mandado de busca e apreensão pelos militares estaduais, este trabalho segue uma linha de raciocínio e entendimento que não poderá existir a possibilidade de adentrar na esfera

investigativa, esta reservada à Polícia Civil, conforme entendimento de Denilson Feitosa (2009), quando diz que a Polícia Militar, pode solicitar mandado de busca e apreensão para prender quem quer que esteja em flagrante delito, preservando, deste modo, a ordem pública.

Trata-se esta busca de tentativa pura e simples de manter a ordem pública, como por exemplo, em crimes continuados da Lei nº 11343/06 (Lei de Drogas) e Lei 10826/03 (Estatuto do Desarmamento), quando o simples fato de possuir no interior de sua residência ou dependência ou, ainda, no seu local de trabalho, arma de fogo, acessório ou munição, sem devido registro e/ou drogas armazenadas, por si só, já configura o chamado crime permanente. Veja o que diz o Código de Processo Penal sobre o tema: “Art. 303 - Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.”

Para que fique mais claro, tem-se Moraes Rosa (2013, p. 124) que aduz a possibilidade de prisão nos crimes permanentes, porém traz o entendimento de que é necessário o mínimo lastro probatório anterior à entrada na residência, para que não se perca a legalidade da ação:

Nos crimes permanentes há confusão lógica na interpretação prevalente. De fato, o art. 303 do CPP, autoriza a prisão em flagrante nos crimes dessa espécie enquanto não cessar a permanência. Entretanto, a permanência deve ser anterior a violação de direitos. Dito diretamente: deve ser posta e não pressuposta/imaginada. Não basta, por exemplo que o agente estatal afirme ter recebido uma ligação anônima, sem que indique que fez a denúncia, nem mesmo o número de telefone, dizendo que havia chegado droga, na casa “x”, bem como que “acharam” que havia droga porque era um traficante conhecido, muito menos que pelo comportamento do indivíduo “parecia” que havia droga.

Ora, se é possível a entrada do policial na residência habitada, para apreensão a coisa ilícita, deve haver a necessidade e convicção ou até mesmo provas de que tal coisa encontra-se no lugar. Como seria possível ao militar prever com exatidão ou até mesmo ter convicção de que o ilícito se encontra naquele local, uma vez que o policial não teve acesso anterior ao local? É claro que isso é impossível, haja vista que por inúmeras vezes, os policiais recebem a informação de forma anônima e a demora pode ocasionar na perda do ilícito, já que, por exemplo, a venda de drogas ocorre de forma rápida e a arma de fogo pode ser rapidamente retirada do local.

Dessarte fica simples entender a necessidade e viabilidade da utilização do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, potencializando as suas ações na manutenção da ordem pública, evitando e prevenindo que outros crimes ocorram.

Nesses casos, em que existam reiteradas denúncias de armazenamento de entorpecente ou armas, munições e acessórios que, por si só, já constituem estado de flagrância no tempo, a Polícia Militar, por intermédio de um mandado de busca e apreensão, estaria executando sua missão de manter a ordem pública tirando esses ilícitos de circulação, inviabilizando o cometimento de outros delitos.

Apesar da existência de vários entendimentos favoráveis quanto atuação destes agentes públicos militares, é importante fazer uma ressalva, pois entende-se que somente é possível admitir a solicitação e cumprimento de mandado de busca e apreensão por parte da Polícia Militar, quando não se trata de pura investigação.

Sob essa ótica é o entendimento de Feitosa (2009, p. 18), ao defender a solicitação e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar:

A busca, portanto, não é instrumento exclusivo da polícia investigativa (polícia judiciária). A Polícia Militar, mesmo na sua função específica de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, pode requerer a expedição de mandado de busca e apreensão, para o cumprimento de seu dever de prender quem esteja em flagrante delito (com fundamento no art. 240, § 1, alínea a, c/c art. 243, § 1º, e art. 301, todos do CPP, e art. 144, § 5º, CR), sem significar uma investigação criminal.

Veja que o autor narra a possibilidade de requerimento do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar para cumprir o dever de prender quem quer que esteja em flagrante delito, porém deixa clara a impossibilidade de adentrar a esfera investigativa.

Em se tratando da constitucionalidade da Polícia Militar solicitar e cumprir mandado de busca e apreensão, Costa (2011, s.p.) diz:

Sendo toda a atividade de polícia, seja administrativa ou judiciária, pré-processual, não há óbice em que seja realizado o cumprimento de mandado de busca e apreensão pela polícia militar, quando no exercício de atividade de manutenção da ordem pública, ou seja, houver fundadas suspeitas de que está ocorrendo, no interior do domicílio, crime em situação de flagrante delito.

Neste mesmo sentido existe o julgado da 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, que aduz a constitucionalidade da medida de busca e apreensão e ainda se refere como sendo uma atribuição da Polícia Militar:

O cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia militar não fere os §§4º e 5º do art. 144 da Constituição Federal". "Dessas normas tira-se que não houve usurpação de competências, porque não foram realizados atos de investigação nem de instrução, reservados a função de polícia judiciária". "A ação, como se vê, cabia no âmbito de atribuições à polícia militar, podendo ser classificada como atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública." (STF, recurso extraordinário nº 404.593-ES, 2ª turma, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJ. 23.10.2009) (BRASIL, 2009, s.p.).

Encontra-se ainda, no mesmo julgado, uma afirmativa que concordou com a natureza emergencial da medida cautelar, conforme foi dito nos parágrafos anteriores:

EMENTA: [...] AÇÃO PENAL. Prova. Mandado de busca e apreensão. Cumprimento pela Polícia Militar. Licitude. Providência de caráter cautelar emergencial. Diligência abrangida na competência da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Recurso extraordinário improvido. Inteligência do Art. 144, §§ 4º e 5º da CF. Não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela Polícia Militar (STF, recurso extraordinário nº 404.593-ES, 2ª turma, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJ. 23.10.2009) (BRASIL, 2009, s.p.).

Continuando neste mesmo julgado, contido no voto do Relator, V. Exa. Ministro Cezar Peluso, o seguinte ensinamento: "A ação, como se vê, cambia no âmbito de atribuições conferidas a Polícia Militar, podendo ser classificada como atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública".

Corroborando com esse entendimento tem-se a correição parcial do Conselho de Magistratura do Estado de Minas Gerais.

A busca e apreensão domiciliar, no presente caso, não se confunde com verdadeira atividade investigatória, própria da polícia judiciária, sendo, sim, um instrumento necessário para coibir, de forma preventiva e repressiva, a prática do tráfico de drogas na região. Correição parcial provida. (TJ-MG - Correição Parcial (Adm) : COR 10000130741317000 MG) (MINAS GERAIS, 2014).

Destaca-se que, no entendimento majoritário da doutrina brasileira, de forma excepcional, a Polícia Militar é instituição legítima para solicitar e cumprir o mandado de busca e apreensão.

Neste mesmo sentido tem-se Távora e Alencar (2012, p. 476), que tratam o tema de forma simples e clara, quando elenca a excepcionalidade do uso da Polícia Militar para execução de atos de apoio ao Judiciário: “Inicialmente, a diligência é executada por oficiais de justiça ou por policias. Excepcionalmente, até a Polícia Militar pode ser utilizada”.

Tem-se também Rogério Greco (2010, p. 5), que vai além e trata como investigação preventiva a realizada pela Polícia Militar aduzindo a sua legalidade:

Caberia o papel precípua de, ostensivamente prevenir a prática de futuras infrações penais, com a finalidade de preservar a ordem pública, o que não a impede, outrossim, de exercer também uma função investigativa, que caberia, inicialmente, e também de forma precípua, à Polícia Civil.

Contudo, é correto afirmar que em caso de flagrância delituosa não haveria necessidade de um mandado de busca e apreensão para adentrar em uma residência, porém, os indícios não resguardam completamente uma ação policial no caso de não localizarem nenhum ilícito ou de o infrator se desfazer destes, momentos antes da incursão policial, contudo, servem esses indícios, de fundadas razões para a autorização judicial de busca e apreensão.

Corroborando com esse entendimento, Costa (2011, s.p.) diz:

As diligências de polícia ostensiva e de manutenção da ordem pública, em cumprimento de ordem judicial de busca e apreensão em residências visam, precipuamente, resguardar os Policiais Militares quanto a inviolabilidade de domicílio e, principalmente, o controle externo de suas atividades pelo Poder Judiciário e Ministério Público.

Mesmo sendo o tráfico/posse de arma de fogo delito permanente, que enseja a prisão independente de ordem de busca e apreensão, requer a diligência toda a cautela e resguardo de nossos policiais, pois a facilidade e habilidade dos traficantes em desfazer-se da materialidade do delito (droga) é espantosa, não raramente jogando o corpo de delito em sanitários e desfazendo a flagrância até então existente.

Portando, baseado nos ensinamentos dos “operadores do Direito” citados neste trabalho, é possível concluir que o mandado de busca e apreensão solicitado

e cumprido pela Polícia Militar é eminentemente constitucional, uma vez que não fere o art. 144 §§ 4º e 5º da Carta Magna, nem mesmo usurpa função pública, não adentrando na esfera investigativa, esta outorgada à Polícia Civil, sendo este instrumento utilizado pela instituição militar para garantir a manutenção da ordem pública brasileira.

É legítimo citar que, apesar dos diversos entendimentos a favor do tema, tem-se também entendimentos contrários, delegados de polícia e jurisprudências de tribunais, a exemplo, veja esse inusitado julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde um delegado se recusou a lavrar auto de prisão em flagrante de tráfico de drogas, mediante cumprimento de mandado de busca e apreensão realizado pela Polícia Militar por meio de uma solicitação do Tribunal de Justiça, com anuência do órgão Ministerial:

- 1) o mandado de busca e apreensão de armas de fogo e de substâncias entorpecentes, atendendo à promoção do Ministério Público, foi deferido pelo Poder Judiciário;
- 2) o mandado de busca e apreensão foi cumprido exclusivamente pela polícia militar, sem que tenha sido cientificada a polícia civil, e sem acompanhamento da polícia civil e/ou do Ministério Público;
- 3) por ocasião do cumprimento do mandado, houve apreensão de substâncias entorpecentes;
- 4) era caso de infração penal comum, que não envolvia policiais militares, e sem justificativa aparente para que a polícia civil fosse alijada da investigação.

Não estou aqui a externar, de qualquer forma, meu entendimento de que não teria o Ministério Público legitimidade para atos de investigação, ou que não seria atribuição da polícia militar o cumprimento de mandados de busca e apreensão expedidos pelo Poder Judiciário. Penso o contrário.

Todavia, tenho a clara convicção de que não se pode atribuir ao agente público a prática de ato de improbidade administrativa quando seu agir encontra respaldo ao menos em parte da jurisprudência dos tribunais. Convenhamos que é um contrassenso que a jurisprudência do TJRS, minoritária ou não, externada em voto vencedor do Des. Nereu José Giacomolli, festejado processualista, reconheça a ilegalidade das provas coletadas por conta de mandado de busca e apreensão cumprido pela polícia militar, ilegalidade que, por óbvio, não autoriza a prisão em flagrante, e ao mesmo tempo se pretenda imputar conduta ímproba ao demandado porque não lavrou auto de prisão em flagrante lastreado nessas mesmas provas ilegais. (Apelação Cível Nº 70058648775, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 11/06/2014, grifo do autor).

Neste caso, o Delegado sofreu ação civil pública de improbidade administrativa por se negar a lavrar o auto de prisão em flagrante e, conforme voto

do relator, o agente público não poderia ser condenado por ato de improbidade administrativa “quando seu agir encontra respaldo ao menos em parte da jurisprudência dos tribunais”.

Neste diapasão, existe ainda o *Habeas Corpus* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que entendeu como inválida as provas obtidas por meio de mandado de busca solicitado e executado pela Polícia Militar, conforme será visto abaixo:

HABEAS CORPUS. DEFERIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO TENDO POR ÚNICA BASE UMA NOTITIA CRIMINIS ANÔNIMA. SOLICITAÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PELO COMANDANTE DA POLÍCIA MILITAR E EXECUTADO PELA POLÍCIA MILITAR, EM ATIVIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA CIVIL. ARTIGO 144 E SEUS PARÁGRAFOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILICITUDE PROBATÓRIA RECONHECIDA. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. No caso concreto, diante de uma notitia criminis anônima, o Comandante da Polícia Militar sugeriu ao Ministério Público a solicitação de um mandado de busca e apreensão, quem o requereu à autoridade judicial. Deferido, o mandado de busca e apreensão foi entregue à polícia militar, quem o executou, em atividade de investigação de atribuição da polícia civil. Ministério Público e polícia civil não acompanharam a execução. 2. A notitia criminis anônima possui entidade para desencadear uma averiguação do fato noticiado, mas não se reveste de potencialidade suficiente para dar suporte a medidas de investigação que interfiram de forma insidiosa em direitos fundamentais, como no caso em tela, com o ingresso em residência de cidadãos, sem qualquer outra averiguação a dar credibilidade ao anonimato, vedado pela Constituição Federal. Nesse sentido já decidiu o STF – precedente citado no corpo do voto. 3. Segundo o artigo 144 e seus parágrafos, da Constituição Federal, a polícia militar não possui atribuição para investigar infrações criminais, inserindo-se nessa ausência de funcionalidade, o cumprimento de mandado de busca e apreensão, em atividade investigatória de infração criminal de competência da Justiça Comum. ORDEM DE HABEAS CORPUS DEFERIDA, POR MAIORIA. (Habeas Corpus nº 70047333448, Terceira Câmara, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Francesco Conti, Julgado em 15/03/2012).

Este Tribunal, como alguns outros, é contrário ao entendimento de que a Polícia Militar é órgão legítimo para cumprir mandado de busca e apreensão. Vale lembrar que essa legitimidade se dá desde que não adentre à esfera investigativa, se mantendo na simples e pura manutenção da ordem pública. Contudo, o entendimento do supracitado Tribunal ateu-se a invalidar a possibilidade de utilização do instrumento de busca pelos militares, alegando que isso seria uma atividade investigativa. No entanto, como já repisado, a simples busca para

apreender objetos ilícitos e sua posterior apresentação ao delegado de polícia, não configura investigação criminal e, sim, ato de manutenção da ordem pública.

Apesar de entendimentos contrários, é possível afirmar a constitucionalidade da solicitação e cumprimento do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, órgão constitucionalmente incumbido de manter a ordem pública, utilizando-se de princípios constitucionais para fazê-lo, como o princípio da máxima efetividade que possibilita a utilização desta instituição de forma integral e legítima.

Se de forma alguma é inconstitucional a utilização deste mecanismo pela instituição militar, também se pode afirmar de forma categórica que não afronta à Constituição Republicana, muito menos aos princípios constitucionais, restando claro que não usurpa função da Polícia Civil. Pode-se dizer, ainda, que a apuração de infrações penais não é atribuição exclusiva da Polícia Civil, diferentemente da Polícia Federal, em que a Carta Magna trata em seu inciso IV do parágrafo 1º art. 144 “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”.

Percebe-se que, quando o legislador constituinte quis deixar clara a exclusividade, ele assim o fez. O que não é o caso da Polícia Civil, porém, como este não é o objeto de defesa deste trabalho, que, repito, aduz a possibilidade de a Polícia Militar executar mandando de busca e apreensão em casos de estado de flagrância para manter a ordem pública.

5 LEGITIMIDADE PARA SOLICITAÇÃO E CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO

A legitimidade que possui a Polícia Militar para solicitação e cumprimento da medida de busca e apreensão domiciliar será debatida em jurisprudências e entendimentos de Tribunais de Justiça e Superiores que tratam como legítima a busca e apreensão domiciliar.

A busca, quando utilizada pela Polícia Militar, é instrumento legítimo e não exclusivo da polícia judiciária:

RECLAMAÇÃO. PEDIDO MINISTERIAL DE BUSCA E APREENSÃO A SER CUMPRIDA PELA POLÍCIA MILITAR. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE DAS FUNÇÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ÂMBITO ESTADUAL. MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE EXIGEM ATUAÇÃO IMEDIATA DO ESTADO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA POLÍCIA MILITAR EVIDENCIADA. RECURSO PROVIDO. Em regra, os mandados de busca e apreensão serão cumpridos pela Polícia Civil. **Todavia, dadas as particularidades do caso concreto, não há óbice na execução pela Polícia Militar**, uma vez que o art. 144 da Constituição Federal, ao tratar dos órgãos da segurança pública, estabelece exclusividade das funções de polícia judiciária tão somente para a Polícia Federal em relação à União, o que não ocorre no âmbito estadual (Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Reclamação nº 030687-2, 2008. Relator: Desembargador Victor Ferreira, grifo nosso).

Como visto no capítulo anterior, é defendido neste trabalho a não habitualidade do cumprimento do MBA pela Polícia Militar, vê-se ainda que inexiste a exclusividade do uso deste instrumento, diferentemente do que a Constituição Federal cita com relação as atribuições da Polícia Federal, por exemplo.

Tal é o entendimento do recente julgado de *Habeas Corpus*, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em que o julgador define como legítima a atuação da Polícia Militar em cumprimento de MBA:

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - RELAXAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - APFD DE ACORDO COM CPP - MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO - CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR - ILEGALIDADE - NÃO CONFIGURAÇÃO - AFASTAMENTO DO JUIZ - IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA - ORDEM DENEGADA. 1 - Não há que se falar em relaxamento da prisão, pois em análise do APFD juntado aos autos, não aponta nenhuma falha ou vício na prisão, encontrando o

mesmo em consonância com o artigo 302 e seguintes do Código de Processo Penal. 2 - Procedidas, tão somente, as primeiras diligências pela polícia militar, cumprindo-se regular mandado de busca e apreensão expedido por autoridade judicial competente e prendendo-se em flagrante delito o acusado; com imediata remessa do caso à polícia civil, para as investigações que se fizessem necessárias, **não há que se falar em usurpação de função da polícia judiciária, mas, apenas, no exercício de repressão à criminalidade.** 3- No que tange ao pedido de afastamento do MM. Juiz da Ação Penal, o habeas corpus não é a via adequada para análise do referido pleito, sobretudo quando existe meio próprio para demandá-lo. (TJ-MG - HC: 10000140356965000). (MINAS GERAIS, 2014, grifo nosso)

Vale destacar que o relator em seu voto trata do tema com clareza ao citar que “não há que se falar em usurpação da função polícia judiciária, mas, apenas, no exercício de repressão à criminalidade”. Fica evidente o entendimento do relator de que a Polícia Militar está apenas cumprindo sua função constitucional, com base no princípio da máxima efetividade, mantendo a ordem pública e assegurando a produção da prova.

Consoante esse entendimento, de igual modo já decidiu o Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

ACÓRDÃO EMENTA: HABEAS CORPUS. Tráfico e associação ao tráfico. Nulidade das investigações policiais. Alegação de ter havido ação controlada sem autorização judicial. Inocorrência. Ausência de certeza quanto ao estado flagrantial. Investigações realizadas em sede de inquérito. Observância das disposições do cpp. Ausência de ilegalidade em relação ao cumprimento de mandado de busca e apreensão pela polícia militar. Impossibilidade de trancamento da ação penal. Ausência de requisitos. Ordem denegada.

1. Ante a ausência de certeza quanto ao estado flagrantial, não há que se falar em violação ao art. 301 do CPP, **eis que o dever direcionado às autoridades policiais somente pode ser exigido quando configurado aludido flagrante delito.** Não se pode olvidar, ainda, que as investigações realizadas em sede de inquérito observaram os preceitos estabelecidos no CPP, uma vez que se manteve o sigilo das peças, bem como se resguardou a reserva de jurisdição para as medidas que a exigiam, a exemplo da decretação da medida de busca e apreensão.

2. Também **não há qualquer ilegalidade advinda em razão do mandado de busca e apreensão ter sido efetivado pela Polícia Militar**, porquanto a jurisprudência dos Tribunais Pátrios considera que o cumprimento de mandado de busca e apreensão é uma tarefa que não conflita com o papel constitucional da Polícia Militar de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. (TJ-MG - APR: 10707120033329001 MG, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 05/06/2014, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/06/2014)

3. Frise-se, por fim, que o trancamento de ação penal por meio de habeas corpus é medida excepcionalíssima, tendo em vista a impossibilidade de dilação probatória nessa via estreita. Assim, de plano, deve ser demonstrada a atipicidade da conduta; a inexistência prova da

materialidade de indícios de autoria ou a presença de causa extintiva da punibilidade, conforme já fora por mim decidido, recentemente, no Habeas Corpus nº 0013382-42.2015.8.08.0000 (data de publicação: 21/08/2015), o que não se configura no caso em análise 4. Ordem denegada. (TJ-ES - HC: 00215806820158080000). (Espírito Santo, 2015) (grifo nosso).

Do julgado supracitado se infere ser possível que a medida de busca e apreensão, além de garantir a ordem pública, visa assegurar a execução do trabalho policial, uma vez que não é certo o estado de flagrância, apenas presumido por fundadas razões. O policial tem o dever de prender quem quer que esteja em flagrante delito, porém, é necessário que se configure tal flagrante, sendo assim impossível ao policial saber com exatidão o que ocorre no interior de uma residência. Portanto, o instituto da busca domiciliar visa, entre outras coisas, assegurar a entrada do agente público, conforme visto no capítulo anterior.

Ainda no julgado acima citado, claro está que inexiste ilegalidade na execução de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, uma vez que o cumprimento deste instrumento é legítimo à manutenção da ordem pública.

Além dos tribunais estaduais, a Suprema Corte Brasileira, no *Habeas Corpus* nº 91481, determina que o fato de ter a Polícia Militar atuado mediante mandado de busca e apreensão, não contamina o flagrante, lavrado por delegado de polícia.

BUSCA E APREENSÃO - TRÁFICO DE DROGAS - ORDEM JUDICIAL - CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR. Ante o disposto no artigo 144 da Constituição Federal, a circunstância de haver atuado a polícia militar não contamina o flagrante e a busca e apreensão realizadas. AUTO CIRCUNSTANCIADO - § 7º DO ARTIGO 245 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Atende ao disposto no § 7º do artigo 245 do Código de Processo Penal procedimento a revelar auto de prisão em flagrante assinado pela autoridade competente, do qual constam o condutor, o conduzido e as testemunhas; despacho ratificando a prisão em flagrante; nota de culpa e consciência das garantias constitucionais; comunicação do recolhimento do envolvido à autoridade judicial; lavratura do boletim de ocorrência; auto de apreensão e solicitação de perícia ao Instituto de Criminalística. (STF - HC: 91481). (BRASÍLIA, 2008).

Este é o posicionamento do Ministro Marco Aurélio de Melo, relator do *Habeas Corpus*:

A situação revelada no processo quanto à atividade desenvolvida não por policiais civis, mas por policiais militares, é ambígua. Se, de um lado, incumbe às polícias civis a apuração de infrações penais - § 4º do artigo 144 da Constituição Federal -, outro, conforme contido do §5º do referido artigo,

às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

Pois bem, consta deste processo que houve a expedição de mandado de busca e apreensão em certo local, formalizado por órgão investido do ofício judicante, dando-se o cumprimento pela polícia militar. A atuação verificada é passível de ser classificada como polícia ostensiva e tentativa de preservação da ordem pública. Ao que tudo indica, expediu-se o mandado de prisão ante a necessidade de adentrar-se em lugar onde os policiais militares, considerada atividade ostensiva prevista na Carta da República, tinham conhecimento da prática do tráfico de entorpecentes. A rigor, não se pode cogitar investigação propriamente dita, esta sim, de início, a cargo da polícia judiciária, que é a civil.

No caso em tela, não existe ainda a investigação criminal em curso, portanto, a ação cambia na esfera das atribuições da Polícia Militar, seja ela, manutenção da ordem pública. Executando esta manutenção e como polícia ostensiva, a instituição militar se utiliza do mandado de busca e apreensão domiciliar para adentrar em local onde se tinha conhecimento da prática de tráfico de entorpecentes.

Contudo, existem entendimentos que vão um pouco além, trazendo o ensinamento de que a investigação criminal não é atividade exclusiva da Polícia Civil. Neste sentido, Nucci (2011, p. 564) trata da não exclusividade da investigação e da utilização de instrumento de busca:

A nós, parece que a função investigatória precípua, de acordo com a Constituição Federal, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, de os policiais militares atuarem nesse sentido. Não deve, naturalmente, ser regra, mas trata-se de uma exceção viável e legal

E continua defendendo a supremacia do interesse coletivo e o problema enfrentado pela separação das polícias:

[...] a separação das polícias é o principal problema enfrentado, mas tal situação, que é, sobretudo política, não pode resvalar no direito da população de obter efetiva segurança, nem tampouco nas atividades judiciárias de fiel e escorreita colheita de provas. Do mesmo modo, embora seja função do oficial de justiça proceder as buscas determinadas pelo juiz, ao longo da instrução, nada impede que a polícia realize a diligência, especialmente se for em lugar particularmente perigoso, exigindo experiência policial para a consumação do ato.

Mesmo que não seja sobre o prisma da supremacia do interesse coletivo ou até mesmo esbarrando em interesses estritamente políticos, quanto a separação

das polícias, é claramente reconhecida a legitimidade do cumprimento e solicitação do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, seja à luz da Constituição Federal, que aduz a manutenção da ordem pública, bem como o princípio da máxima efetividade, seja pelo guardião desta, a Suprema Corte brasileira, que entende como legítima e também a qualifica como manutenção ostensiva da ordem pública ou, ainda, sob a vista da majoritária doutrina e entendimentos de tribunais superiores, os quais tratam o procedimento como legítimo e legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise ampla do tema “Solicitação e cumprimento do mandando de busca pela Polícia Militar”, onde foram analisados diversos aspectos relacionados ao tema, desde o seu aspecto operacional, com os anseios das unidades policiais pela consolidação do tema, até seu aspecto jurídico, possível de se verificar entendimentos jurisprudenciais de tribunais estaduais e até mesmo do Supremo Tribunal Federal, além da doutrina onde foi possível verificar as nuances e as análises sobre o tema.

No meio operacional, nas instituições policiais, como quartéis e delegacias de polícia, existe um clamor por uma legislação mais clara e específica a respeito do assunto.

Sabe-se que a busca pela máxima eficiência e agilidade no combate ao crime organizado é anseio da população e também da comunidade policial que, muitas vezes, se vê de mãos atadas frente a um possível conflito de normas e entendimentos que fazem com que se perca a segurança jurídica. Porém, em meio a lacunas legislativas, fica uma preocupação uma em se trabalhar, nas operações policiais, da forma mais legal e correta possível, notadamente para se obter a prova em sua plenitude e em ambas as fases da persecução criminal

De forma alguma se esgotam as discussões. Existem diversos quesitos a serem esclarecidos, ou mesmo analisados de outros prismas. A amplitude deste tema é tão abrangente que, como se vê, alguns *Habeas Corpus* chegaram a Corte Suprema devido sua controvérsia e ainda a possibilidade de inconstitucionalidade do tema.

Contudo, é possível verificar que com base nos argumentos apresentados, a solicitação e o cumprimento do mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar,

é de fato legal. Ora, a Polícia Militar, instituição constitucionalmente incumbida de manter a ordem pública, não pode ser limitada a fazê-lo somente realizando o patrulhamento ostensivo. Obviamente que não.

Com isso, o princípio Constitucional da máxima efetividade, que traz o ensinamento de que uma instituição deve ser utilizada não apenas de forma ínfima, garante a extração da máxima efetividade deste órgão. Portanto, haverá uma Polícia que entra em ação, executando atuações diversas, para cumprir sua função de manter a ordem pública, seja utilizando-se de mandado de busca e apreensão em crimes continuados, para prender quem quer que se encontre em flagrante delito, seja fiscalizando o trânsito ou ainda auxiliando o poder judiciário emitindo termos circunstanciados de ocorrência, entre outras inúmeras atribuições e funções destas instituições militares.

Neste trabalho, a constitucionalidade e a utilização da medida de busca e apreensão pelos Militares Estaduais foram analisadas e acertadas para manter a ordem pública, inclusive para auxiliar os demais agentes encarregados da segurança pública e o apaziguamento social.

Porém, ao se analisar com um pouco mais de cautela, é possível perceber que não se trata de investigação criminal, nem tampouco atribuição da polícia judiciária. Note-se que não se está afirmando que a busca domiciliar é atividade exclusiva da polícia militar; a defesa deste trabalho, tratou da utilização como uma ação excepcional praticada pelos militares a somar na busca da prova.

Com a proposta deste trabalho, foi possível perceber que quando a Polícia Militar solicita e cumpre mandado de busca e apreensão, ela trabalha de forma legítima, cumprindo o que lhe foi ordenado pela Constituição Federal de 1988.

Contudo, necessário que o legislador infraconstitucional e até mesmo o Supremo Tribunal Federal promovam a devida regulamentação da atividade, no intuito de pacificar a abordagem do tema, promovendo igualmente a segurança jurídica de todos os envolvidos e legitimados a atuarem nos casos concretos.

As instituições policiais do país são responsáveis pela segurança pública. Portanto devem trabalhar amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem se preocupar com entendimentos divergentes. A norma deve ser transparentemente clara. É óbvio que a casa é um asilo inviolável e deve assim permanecer, contudo,

não deve ser utilizada para que malfeitores encubram a prática de crimes de diversas espécies.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei 10826 (Estatuto do Desarmamento), 2003. In: **Vade Mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei 11343 (Lei de Drogas), 2006. In: **Vade Mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Código Processo Penal, 1988. In: **Vade Mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. In: **Vade Mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Rafael Monteiro. Cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar pela Polícia Militar para manutenção da ordem pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2907, 17 jun. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19309>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Ver. Ampl. E atual. Salvador: Jus Podium, 2011.

FEITOZA, Denilson, **Direito Processual Penal**, Teoria, Crítica e Prática, 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

FEITOZA, Denílson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. Niterói: Impetus, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MANOEL, Jorge; SILVA, Neto. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. Salvador: LTr Editora, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MISSAGGIA, Clademir. Da Busca e da Apreensão no Processo Penal Brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. revisada e atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico** [recurso eletrônico] métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. Ernani Cesar de Freitas. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Reclamação n. 2008.030687-2**. Dês. Rel. Victor Ferreira, julgado em 29.10.08. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/diario/a2008/2008046000.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário. 2ª turma. RE nº 404.593-ES**. Recorrente: Ronaldo Belo de Carvalho. Recorrido: Ministério Público do Espírito Santo. Relator: Min. Cezar Peluzo. Brasília, DF, 23 de outubro de 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28404593%2E%2E+OU+404593%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jqvs6xd>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **HC: 91481 MG**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/08/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-02 PP-00340 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 526-528 RF v. 104, n. 400, 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719245/habeas-corpus-hc-91481-mg/inteiro-teor-103107955?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPIRITO SANTO, **HC: 00215806820158080000**, Relator: WILLIAN SILVA, Data de Julgamento: 21/10/2015, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/11/2015). Disponível em: <<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359578844/habeas-corpus-hc-215806820158080000>>. Acesso em: 21 maio 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **COR: 10000130741317000 MG**, Relator: Eduardo Mariné da Cunha, Data de Julgamento: 07/04/2014, Conselho da Magistratura / CONSELHO DA MAGISTRATURA, Data de Publicação: 25 de mar. 2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120502662/correicao-parcial-adm-cor-10000130741317000-mg>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, **HC: 10000140356965000 MG**, Relator: Eduardo Machado, Data de Julgamento: 10/06/2014, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 16/06/2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124383011/habeas-corpus-hc-10000140356965000-mg/inteiro-teor-124383061>>. Acesso em: 21 maio 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **AC: 70058648775 RS**, Relator: Ricardo Torres Hermann, Data de Julgamento: 11/06/2014, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/06/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123889919/apelacao-civel-ac-70058648775-rs>>. Acesso em: 03 de jul. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, **Habeas Corpus nº 70047333448**, Relator: Des. Francesco Conti, Terceira, Julgado em 15/03/2012, Terceira Câmara, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-tj-rs-anula-processo-criminal.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2017.